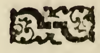




POR

EL CONVENTO,

Y RELIGIOSAS DE IESVS Maria de Eſcalacæli de la Villa de Caſtro el Rio.



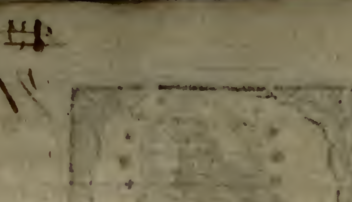
EN EL PLEYTO.



CON

Doña Ynes de Azevedo y Guzman, viuda de Don Gabriel de Corral, como tutora de ſus hijos, y del dicho ſu marido, vezinos de la Ciudad de Cordoua.

Impreſſo en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltaſar de Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1660.



2

N. 1. TIENE PRESENTADA doña Ynes de Azevedo vna que llama escritura de cẽso de seys mil ducados de principal, y en su virtud pidiô execucion por los corridos de los tres mil dellos de nueve años y medio, que importan mil quatrocientos y venticinco ducados; que dize tocan a sus hijos por cabeça del dicho Dõ Gabriel de Corral su marido, y que se hiziesse, y trabasse en los bienes hipotecados.

2 ¶ Proueyose auto de execucion, trabose en el *cortijo, y tierras de Cerrobarrero*; y con fee de que se dieron los pregones, citado de remate el Convento de Iesus Maria, como posseedor dèl, ha hecho oposicion, pretendiendo, que se ha de revocar dicha execuciõ, y dar por libre della, y à el dicho cortijo, y tierras, y sin costa alguna, valiendose para ello, y alegando muchas, y diuersas excepciones, que parte dellas son las siguientes.

(*) *PRIMERA EXCEPCION.* (*)

3 QVE Deuiendo para justificar la via executiua presentarse escritura publica, y recaudos ciertos, *l.* 1. & 2. *tit.* 21. *libr.* 4. *Recopilat.* Roder. Suar. *in declarat. l. Regni, limit.* 4. *num.* 1. Auendañ. *in l.* 4. & 5. *tit. de las excepciones, num.* 22. Auiles *in cap.* 10. *Prat.* verb. *execution, num.* 49. Azeved. *in dict. l.* 1. *tit.* 21. *nu.* 34. *lib.* 4. *Recop.* Rodrig. *de execut. cap.* 1. *art.* 4. *nu.* 28. Dom. D. Ioseph Vela *dissert.* 24. *num.* 30.

4 ¶ No lo ha hecho, ni cumplido con este requisito la dicha Doña Ynes. Porque la de que se vale, ni es escritura, ni instrumẽto publico, ni merece nombre de tal, pues se halla sin los requisitos que el derecho pide conviene a saber, firma; y signo de escriuano que deue intervenir, sicuti deducitur ex *l.* 54. ibi: *E poner los testigos, y el dia, è el mes, è el lugar en que fue fecha, è dende ay vso facer su signo, è escriuir*

uirsu nome, &c. Et postea *l.* 56. que refiere la forma de las de venta, concluye, illic: *Yo fulano, escriuano de tal lugar fui presente a todas estas cosas que son escritas en esta carta, è por ruego de fulano vendedor, è fulano comprador sobre dichos escriui esta publica carta, e puse en ella mi signo.* Et iterum *l.* 114. *tit.* 18. *part.* 3.

5 ¶ Suponit etiam *l.* 13. *tit.* 25. *libr.* 4. *Recopil.* ibi: *Y que los dichos escriuanos sean auisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente al tiempo del otorgar de la nota ayan sido presentes las dichas partes, y testigos, y firmada como dicho es.* Dom. Couarr. *pract. cap.* 20. *num.* 5. Siguença *de clausulis, libr.* 1. *cap.* 1. *nu.* 71. Matienç. *in l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 7. *à num.* 1. *cum seqq.* Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 20. Azeved. *in dict. l.* 13. *numer.* 15. Dom. Larrea *allegat. fiscal* 95. *numer.* 4. Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *à num.* 57.

6 ¶ Lo qual falta en este llamado instrumento, pues ni firma de escriuano que diga que lo es, ni subscripcion, ni signo suyo se hallara en ella, vt videre est por su inspeccion, que pedimos se reconozca.

7 ¶ Et licet muriendo el escriuano antè quien se otorgan las escrituras, puede el sucessor en el oficio sacarlas del registro, y entregarlas, firmandolas, y poniendo su signo a el fin dellas: esto deue hazerse, precediendo pedimiento de parte, y mandandolo la justicia, *c. cum P. Tabellio* 15. *& cap. si instrumenta* 16. *de fid. instrum. l. si quis ex argentaris, §. pertinere, ff. de edend. l.* 55. *tit.* 78. *part.* 3. Dom. Couarr. *pract. cap.* 21. *num.* 3. Parlad. *libr.* 2. *rer. quot. cap.* 20. *numer.* 21. Auil. *in cap.* 19. *Prat.* verb. *trasladen*, ex multis Aug. Barbos. *in dict. cap. cum P. Tabellio, num.* 17. *de fid. instrum.*

8 ¶ Quod defficit etiam omnino impresenti. Porque aunque Iuan de Eslaba escriuano pone al fin della las palabras (que se referiran) se aduierte. Lo vno, que la llamada escritura no se otorgò ante

te

te el dicho Iuan de Eslaba, como de ella consta.

9 ¶ Y lo otro, que lo que dize al pie della es: *Esta escritura, la señora doña Maria del Corral tiene razon de la mitad de este censo que le cupo con otros bienes en la particion que hizo de los del dicho Francisco de Corral despues de su muerte, como vno de sus hijos, y legitimos herederos. Yo Iuan de Eslaba, escriuano Publico de Cordoua fui presente a lo susodicho, y vi hazer la particion de los dichos marauedis, è soy testigo, y fice aqui mi signo.*

10 ¶ Que no tienen que ver, ni correspon den a autoriçar dicha escritura de censo, ni dize que passasse ante êl, ni menos que la sacasse de registro, y solo miran à afirmar que se hallô a la particion de los bienes de Francisco de Corral.

11 ¶ Y antes bien, el poner aqui semejan tes razones, tã insolitas, y extraordinarias, en instru mento que suena otorgado tantos años antes que se hiziesse la particion, la arguyē graue sospecha, y presumpcion de falsedad, *cap. licet*, ibi: *Nisi vel in modo dictaminis, vel in forma scripturæ, cap. quã graui, in fin.* ibi: *Quam in stilo de crimine falsi,* Glos. *in l. si quis sub conditione, ff. de condit. inst.* Cephal. *cons. 287. num. 26.* ibi: *Quinta suspicio sub oritur ex subscriptione insolita, ac diuersa à solito stilo Notarij,* & ex Socin. Crauet. & alijs Mascard. *conclus. 740. num. 38.* illic: *Duodecimo præsumitur, & inducitur suspicio ex insolito modo, & stilo Notarij in registratione seruato.* Menoch. *cons. 199. num. 6.* Farinac. *de falsit. quæst. 153. nu. 159.*

12 ¶ A que se llega estar tambien redarguida de falsa ciuilmente por el Conuento, y deui ē dose cõprouar por doña Ynes (q̄ la ha presentado a juyzio) en el modo, y con los requisitos que el derecho pide, no lo ha hecho, con que no merece fee, ni se le deue dar credito, *cap.* 1. & ibi Canonistę *de fid. instr.* Oldrald. *cons. 227. numer. 6.* Paris. *cons. 115. num. 4. lib. 4.* Veral. *decis. 99. num. 2.* Y es expressa la *l. 115. tit. 18. part. 3.* ibi: *Mas si alguna dellas non pudiesse prouar, non deue valer, nin ser creida*

en juyzio. Roder. Suar. *in l. post rem iudicatam, §. sed pro euidentia, num.* 34. Gonçal. *in regul.* 8. *Chãciller. glos.* 64. *à numer.* 9. Noguer. *allegat.* 25. *ex numer.* 253.

13 ¶ Cuya verificacion, no solo en los juyzios ordinarios, pero procede tambien para las vias executiuas, como expressamente lo tienen Parlad. *lib.* 2. *rer. quot. cap. fin. part.* 1. §. 11. *nu.* 15. Azeved. *in l.* 1. *tit.* 21. *libr.* 4. *Recopil. num.* 137. ibi: *Quod si negetur instrumentum illud esse, minimeque factum fuisse à Tabellione publico, & numerario, non fiet executio, vel vt melius loquar, sententia de remate, non pronuntiabitur, nisi comprobatum extiterit tale instrumentum esse authenticum, & Tabellionem illius publicum, & numerarium, & quod eius scripturis fides dabatur, non enim debet esse dubium super instrumento:* vbi plures congerit.

14 ¶ Con que sin ser necessario passar a otros fundamentos, por solo el valor, y meritos de este, ex defectu publici instrumenti, no ha podido despacharse el mandamiento de execucion, ni passar adelante la via executiua de contrario introduzida, ex iuribus supr. congestis *à num.* 3. *cum seqq.* & in punto ex varijs fundamentis Auendaño *de exeq. tit. de las excepciones, nu.* 26. vers. *His omnibus,* & vers. *Ideoque ille.* Et sic se deue dar por ninguna, y lo en su virtud fecho, y obrado.

(*) *SEGVNDA EXCEPCION.* (*)

15 TAmbien se ha opuesto por esta parte, que para justificar, y que pueda sostenerse la obligacion hipotecaria de este censo en el *cortijo, y tierras de Cerrobarrero,* que el Convento possee, necessita doña Ynes, como tutrix de sus hijos de verificar sin duda, ni disputa alguna, que fuesse de Pedro Venegas el año de 551. que es quando suena hipotecado por el susodicho, sin que baste que el afirmarse que lo era, *l. si ab eo, ff. de pignor. l. cum res, in fin. C. si alien. res impign. dat. sit,* Angel.

Angel. *in l. 1. §. cum prædium, & in l. quæsitum, §. fin. ff. de pignor.* Bart. *in l. 1. §. ait Prætor, ff. ne quid. in flum. pub.* Iasson *in §. item Serbiana, numer.* 89. vers. *Tertiò casu principali, Inst. de action.* Neguf. *de pign.* 8. *part. membr.* 3. *num.* 11. Caualc. *cons.* 21. *num.* 4. Statil. Paciph. *de salu. interd. inspect.* 2. *c.* 1. *numer.* 53. Merlin. *de pign. libr.* 5. *tit.* 2. *quæst.* 68. *à numer.* 2. *cum seqq.*

16 ¶ Iure nostro Regio, *l.* 18. *tit.* 13. *part.* 5. ibi: *Si aquien haze la demanda, niega el empeñamiento, entonces este demandador tenudo es de prouar dos cosas. La vna, que gela empeñaron. La otra, que a la sazon del empeñamiento era la cosa suya de aquel que gela empeñò:* vbi Gregor. Lopez *glos.* 1. *post med.* Rodrig. *de annuis reddit. libr.* 2. *q.* 9. *num.* 71. ibi: *Opportet autem agentem hypothecaria, ad solutionem redditus contra rei hypothecatæ possessorem, probare rem hypothecatam fuisse in bonis debitoris redditus, tempore obligationis.* Felician. *de censib. lib.* 3. *cap.* 4. *à num.* 7. *tom.* 2. Paz *in praxi, tom.* 3. *cap.* 2. §. 4. *numer.* 34. illic: *Cæterum quãdo actor agit contra tertium possessorem rei pignoratæ probare debet, quod tempore obligationis debitor erat dominus illius rei, vel saltim, quod res erat in bonis eius.*

17 ¶ Et tantum distat, que lo aya mostrado doña Ynes, que antes se ha reconocido, y aun determinado lo contrario por la executoria que ganó contra el Convento de las Dueñas de Cordoua D. Beatriz de Monsalve, que està en el pleyto. Y ademas se verifica con los testigos que dixeron à la tercera pregunta del interrogatorio: y que este cortijo tocô à la dicha doña Beatriz de Monsalve, hija de Egas Venegas por su legitima materna, como cõsta del testimonio de la particion presentado, y tãbiẽ por el testimonio, *fol.* 187. y asi no pudo consistir la tal hipoteca.

TER-

18 ESta consiste, en que siendo requisito essencial para justificar el contracto de censo, y las vsuras, y reditos que por causa del se perciben que intervenga entrega Real, y efectiua del dinero, probat text. *in extrauag.* 1. *& 2. de empt. & vendit.* Lup. *de vsur. in l.* 2. *C. de pact. inter empt.* §. 20. *numer.* 60. Pater Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disput.* 390. Dom. Valenç. *cons.* 62. *à num.* 1. Gutierr. 2. *pract. quaest.* 176. *numer.* 6. Felician. *de cens. lib.* 1. *cap.* 8. *à num.* 12. Avend. *de cens. capit.* 44. *num.* 5. *& cap.* 45. *num.* 7. Censio *de cens.* 2. *part. cap.* 1. *quaest.* 1. *art.* 5. *num.* 10.

19 ¶ Y para que constasse della, el escriuano dè fee que en su presencia, y de los testigos se contò, y recibiò, teste Bald. *in l. si ex cautione, C. de non numerat. pecun. num.* 7. Bart. *in l. singularia, de rebus cred. numer.* 22. vbi Iass. *numer.* 46. *&* 48. Trentac. *lib.* 3. *var. tit. de solut. resolut.* 20. *numer.* 17. vers. *Primus*, Caldas *de empt. & venditione, cap.* 22. *num.* 37. Fontanel. *de pact.* 2. *tom. claus.* 14. *glos. vnic. part.* 1. *num.* 17.

20 ¶ Y en censos Ludouic. *decis.* 157. *nu.* 6. *&* 355. *num.* 5. & ibi Add. *litter. B.* Farinac. *decis.* 261. *num.* 2. *tom.* 1. *in posthum. & decis.* 280. *num.* 4. *tom.* 2. Avendañ. *cap.* 44. *num.* 1. Ludouic. Cens. *de cens. part.* 2. *capit.* 1. *quaest.* 1. *art.* 8. *num.* 1. *& decis.* 95. *num.* 11. *&* 98. *num.* 5.

21 ¶ Deduciturque ex *l.* 8. *tit.* 15. *libr.* 1. *Recop.* illic: *Y que el escriuano ante quien passare el contracto, dè la fee de la numeracion, y paga de toda la dicha suerte principal.* Et infra illic: *Y mandamos, que ningun escriuano de estos nuestros Reynos dè fee, ni haga escritura de los dichos contratos de censo, si no fuere en la manera susodicha.*

22 ¶ Que aunque habla en censos vitalicios, corre lo mismo en todos, por ser en conformidad, y declaracion del derecho antiguo, Felician. *de cens.* 2. *tom. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 6. §. *contrarium verò*

apperte,

apperte, verſ. *Addo tamẽ*, ibi: *Addo tamen mirum inmodum habere nostra opinioni Regiam deciſionem, in l.8.tit.15.lib.5. Recopil. quæ lex (vt alibi obſerbaui) licet loquatur de cenſu vitalitio, tamen vim ſuam extendit ad omnem cenſum pecuniarum, illaque non est noui iuris inductiua, ſed antiqui declaratiua.*

23 ¶ Falta omnino en eſte inſtrumento, donde ſolo ſe refiere: *Que Franciſco del Corral entregò ſeys mil ducados, y que los recibieron dèl bien contados realmente, è defecho los que ſe obligan en preſencia del eſcriuano publico de Cordoua que firma eſta carta, è teſtigos que vieron fazer la paga:* ſin que el tal eſcriuano dè fee de la numeraciõ, ni entrega del dinero, ſi no que los teſtigos lo dixeron.

(*) QVARTA EXCEPCION. (*)

24 EL Convento es tercero poſſeedor de el cortijo con titulo, ſin que ſe ayan cobrado del, ni de ſus frutos los corridos de eſte cenſo, ni parte dellos, en tiempo alguno; y aſsi ha opueſto de preſcripcion que le aſsiſte demas de cien años, ſiendo baſtante por el tiempo ordinario de diez interpreſentes, y 20. inter abſentes.

25 ¶ Como lo prueuan, *l. ſi a creditore*, verſ. *Sane*, ibi: *Vel longi temporis præſcriptione muniti*, *l. fin.* verſ. *Si non longe*, *C. de obligat. & act. l.* 1. & 2. *C. ſi aduerſ. credit. præſcript. oppon. l.27. tit. 29. part.3.* illic: *E eſte deſpues que la obligue, aſsi fueſſe tenedor della diez años a buena fee, ſeyendo en la tierra aquel que la tenia à peños, ò veinte ſeyendo en otra parte, ſi en todo en eſte tiempo non le fueſſe demandada en juyzio ganarla ya, è perderia el otro que la tenia empeñada el derecho que auia ſobre ella, & l.39. tit.13. part.5.*

26 ¶ Barboſ. *in l.* 3. *numer.*16. *C. de præſcript. trig. vel quadrag. annor.* Sarmient. *libr.*2. *capit.*2. *num.*2. Parlad. *libr.*1. *cap.*1. §. 11. *numer.*3. Gutierr. *conſ.*47. *numer.*1. Dom. Vela *diſſertat.*34. *num.*

*num.*70.vbi *numer.*72.plures congerit Dom. Castill. *lib.*4.*cap.*36.*in add.num.*33.

27 ¶ Y aunque se opondrà de que no puede auer tomado principio la prescripcion en este cẽso, por auerse cobrado del Marques de Priego los corridos del, y q̃ à de començar desde q̃ se ha dexado de pagar, ex regula impedito agere, *l. fin. C. de annal. except. l. si quis emptionis* 5. *ff. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ibi: *Ex eo tẽpore initium capere sancimus, ex quo debitor vsuras, minimè persoluit, l. cũ notissimi, § fin. C. eodẽ.* Y en cẽsos Rodrig. *lib.* 1. *de ann. reddit. quæst.* 9. *numer.* 65. Auend. *de cens. cap.* 105. *num.* 2. Censio *de cens. quæst.* 98. *num.* 50. Dom. Vela *dict. dissert.* 34. *à num.* 78.

28 ¶ Satisfacemos. Lo vno, conque lo cõtrario de que la prescripcion corra desde que el tercero possee la hipoteca, tienen en terminos Foller. *in tract. de cens.* verb. *huiusmodi, num.* 108. *in fin.* Balb. *de præscript.* 4. *part.* 4. *princip. quæst.* 6. *à numer.* 6. Negusans. *de pign.* 2. *memb. part.* 6. *num.* 3. Coccino. *post tract. de salb. decis.* 592. *num.* 1. & 2. Gom. de Leon *cent.* 50. *per tot.* Azeved. *in l.* 6. *tit.* 15. *libr.* 4. *num.* 44.

29 ¶ Y disputando el punto latamente Felician. *libr.* 3. *capit.* 4. *à numer.* 12. queda con esta sentencia, y a el fin del *numer.* 12. respondiendo a la *l. cum notissimi, §. in his, C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Concludit in hæc verba: *Quoniam textus ille loquitur, quando agitur de præscribendo in totum reddito annuo, tunc enim non exordium obligationis inspiciur, sed dies, quo cessatum est in solutione, in nostra verò specie non agitur de præscribendo prorsus, & omni ipso redditu, sed solum de excludenda actione hypothecaria, ne locum habeat aduersus tertium possessorem; manente ipso censu. Et ideo ad hanc speciem nequit applicari decisio textus, in dict. §. in his.*

30 ¶ Ioann. Gutierr. *libr.* 1. *pract. quæst.* 90. *per tot.* en caso mas dificultoso, y graue de cẽso, con hipotecas especiales, y pacto absoluto de no ena-

enagenar defendiò esta, y dize auer obtenido, y juzgadose por ella.

31 ¶ Lo otro, y principal, porque en dicha escritura no ay pacto absoluto (vt infra dicemus) y ademas, & quod absque satisfatione est, q̄ la questiō, y diferencia entre los DD. ha sido solo prescripcion de diez, ò veinte años, que es la ordinaria.

32 ¶ En la qual no estamos, si no en vna longissima, pues desde que el Convento possee, y sus Autores, de quien deriua su derecho, y tiene titulos, han passado mas de ciento, bastando quarenta, con titulo que se equipara à la inmemorial, *cap. 1. iunct. glos.* verb. *legitimos, de præscript. libr. 6. cap. cum personæ,* vers. *Quod si talis de priuil. eodem lib.* Por cuyo transcurso no puede ser molestado el Cōvento, sicuti agnoscit Dom. D. Ioseph Vela *dict. dissert. 34. numer. 72. col. 2. in medio, vsque ad fin.* donde en escritura de censo con pacto absoluto, inquit in hæc verba.

33 ¶ *Quam omnem resolutionem verissimam, & ego existimo, quidquid, Auendaño de censib. cap. 103. ex nu. 5. noue in contrarium tenet, saltim, cum ab initio pactum intercessit, de illa non alienando ei non tertium hypothecæ possessorem, præscribere, nisi vel tempore inmemoriali, vbi titulus non ostenditur, vel illo obstenso, vel tempus quadraginta annorum.*

34 ¶ Et post plurium prosequitur ibi: *Sed id apud nos plane comprobatur, ex coniunctione duarum legum Regiarum, nempe, l. 1. tit. 15. lib. 5. & l. 1. tit. 10. lib. 5. Recopilat. Hanc itaque verissimam doctrinam, quam resoluit Auend. in l. 41. Taur. glos. 6. nu. 6. Minus rectè ipse, dict. cap. 103. ex numer. 5. applicat ad rem specialitèr hypothecatam, cum clausula de non alienando, quasi hæc non possit à tertio eius possessore, etiam cum titulo aduersus creditorem præscribi minore tempore, quam quadraginta annorum, quod æquiualet inmemoriali præscriptione, absque titulo.* Et prosequitur videndus, vsque ad fin. num.

QVIN-

35 TAmbien ha opuesto el Cõvento, que no ha llegado el tiempo de poder introduzir juyzio contra êl, como posseedor que se pretende es del cortijo hipotecado, sin auer antes hecho excusiõ, assi en las rentas del Marques de Priego, que segun los papeles presentados por doña Ynes, y declaracion judicial hecha por la susodicha, que està a fol. 155. deste pleyto, en que afirma: *Que se hã pagado los corridos siempre desta casa, y que no los ha cobrado de otra ninguna persona, ni sabe que se ayan cobrado:* lo qual manifiesta, que el dinero se convirtiò en vtilidad della, pues de otra forma no huviera satisfecho dichos corridos, præsertim, estando por executoria condenada à redemirlo.

36 ¶ El no auerse hecho mencion de la persona de el Marques en esta escritura, seria por algũ respecto, ô causa particular que moveria à ello; lo qual no es nuevo, ni prohibido, antes si, permitido por derecho, y sin embargo, quedaria obligado, ad text. *in l. pupilus obligari*, §. *item ipse tutor*, vers. *Sane, ff. de author. tutor.* ibi: *Dedit autem nomen, quod non mala fide, sed simplicitèr, vt solent honestiores non pati nomina sua in instrumentis scribi, valet emptio, l. quidam cum filium, ff. de hæred. instit. l. optimam, C. de contrah. & commit. stip.* vers. *Cum ita, quod satis, l. Iulianus*, §. *qui fundum. ff. de verb. obligat. l. nouare possumus, ff. de nouat.* cum alijs traditis ab Alvar. Valasc. *cõsult.* 154. *num.* 3. ibi: *Tertio committitur per interpositionem alterius personæ, quasi capax est illius actus gerendi, valet actus.*

37 ¶ Como en todos los los demas bienes de los que suenan obligados por la tal escritura, que deuen excutirse; y assi lo començò a hazer la otra parte, que executô en ellos, y despachô requisitoria de la justicia de Cordoua para la de Castro, segun consta del testimonio, fol. 37. que es conforme a de-

recho,

recho, ex *Auth. hoc si debitor, C. de pign. l. 14. tit. 13. part. 5.* ibi: *Deue mandar aquel que gela auia empeñado, è si lo auer non pudiere, nin cobrar de aquel que gela empeñò, entonce puede demandar la cosa que le fue empeñada à aquel que hallare, que es tenedor della, è non ante.*

38 ¶ Negusant. *de pign. 8. part. memb. 1. num. 11.* vers. *Quarta conclusio*, Carroc. *de excut. bon. c. 1. per tot.* Carol. de Grat. *de except. in praeiud. nu. 94.* Coler. *de process. execut. 2. part. cap. 3. n. 433.* Cancer. *2. part. variar. cap. 5. numer. 145.* Flor. de Mena ad Gamm. *decis. 99.* Rodrig. *de execut. cap. 4. num. 99.* Parlad. *lib. 2. rer. quot. cap. fin. 4. part. § 7. num. 12.* Fontanel. *de pact. claus. 4. num. 18. art. 2. numer. 62.* Merlin. *de pign. libr. 5. tit. 2. quaest. 69. à numer. 1.*

39 ¶ Y aunque en censos, ratione specialis hypothecę, tienen muchos, que no es necessaria excusion antecedente, y que recta via se puede proceder a cobrar los corridos de las tales hipotecas: esto se entienden, quando se puso pacto absoluto de no enagenar en la escritura, sicuti animaduertunt Roderic. Suarez *in l. post rem iudicatam, ampliat. 8. ad declar. l. Regni, num. 13.* Villalob. *commun. conclus. litter. A. num. 139.* illic: *Et nota hanc communem ad alium casum, quia cum ex forma statuti contractus habeat executionem paratam, si prohibitio alienationis, cum speciali hypotheca cadat in aliquo contractu poterit executioni demandari, etiam contra tertium possessorem, cum alienatio fuerit nulla.* Et infra: *Et tunc non requiritur executio principalis.* Paz *in praxi. 3. tom. cap. 2. §. 4. nu. 37.*

40 ¶ Rodriguez *de ann. reddit. lib. 2. q. 9. nu. 54.* ibi: *Quod si venditor redditus promisserit, se non alienaturum bona hypothecata, tunc nulla excutione praeuia contractus mandabitur executioni in ipsis hypothecis, etiam si deuenerint ad tertium possessorem.* Et supponit Felician. *de censib. lib. 3. cap. 4. num. 6. 7. & 8.*

41 ¶ Ziguença *de clausul. cap. 32. nu. 7.* ibi:

ibi: *Y es de tanta consideracion, y vtilidad, que los dichos contractos de censos sean otorgados con la dicha clausula de non alienando, que de no serlo, siendo enagenados en tercero posseedor, no se podran pedir por via executiua, si no tan solamente por via ordinaria, haziendo primero excursion.* Idem tenet Amad. Rodrig. *de execut. cap.* 4. *à num.* 46. præcipuè en censos, *num.* 48. videndus.

42 ¶ Et nullatenus adest, ni se hallarà en esta escritura, presentada à execucion por D. Ynes, pacto, ni prohibiciō absoluta de no enagenar, si no lo contrario, vt videre erit, & demonstrabimus in sequenti fundamento.

(*) SEXTA EXCEPCION. (*)

43 EL Convento de Iesus Maria de Escalacæli es posseedor de dicho *cortijo, y tierras de Cerrobarrero*, por auerselo donado, y assignado para sus alimētos, y dotaciō el Licēciado Martin de Ossuna, fundador del, que lo huvo por venta que le hizo el Colegio de la Compañia de Iesus de la Ciudad de Ezija: no està mencionado en la escritura de imposicion deste censo, no se obligò a la paga de sus corridos, no lo ha reconocido: con que siendo vn sucessor singular, y tercero posseedor, no procede contra èl la via executiua.

44 ¶ Asi, ex dispositione, *l.* 1. *& tot. tit. C. quib. res iudic. non nocer, l. sæpè* 63. *ff. de re iud. l. non postea* 9. *§. fin. cum l. seq. ff. de iur. iur. l.* 1. *§.* 1. *ff. de litig.* Como, porque actiones personales nō transcunt in singulares successores, *l. ea leg.* 3. *C. de condict. ob causam*, neque obligationes personales, *l. fin. §. vlt. ff. de contrah. empt. l.* 1. *§. si hæres percepto fundo, ff. ad Trebell. l. adhuc* 31. *§. si operas, ff. de vsufructu, l. emptorem* 9. *C. de locato, l. æris alieni* 15. *C. de donat.*

45 ¶ Etiam si agatur ex actione reali, como en terminos, per dicta, & alia tenent in casu Bart. *in l. creditores, numer.* 23. *C. de pign.* Bald.

in

in l.2.num.1.C.si vnus ex plurib.hæred. & *in l.2. num.1. C.si aduers.credit.præscript.opponat.* Angel.*in l.1.§.si hæres,num.1.* Alexand.*nu.1.* Iasson *num.3.ff.ad Trebell.*Decius *cons.398.num.5.* Caballin. *milleloquit.* 633. Rebuff. *tom.* 1. *in const. Reg. tract. de litter. obligat. artic.2. glos. vnica, num.63.* & *64.* & *art.3.glos.2.ex num.22.*Dueñ. *regul.277.limit.2.3.* & *5.*Pepuer.*decis.7 ex nu.1. part.2.*Scaccia *de appelat.quæst.17.limit.6.memb. 4. ex num.43.* Galles. *ad formul.Cameral obligat. quæst.5.num.3.*Zachias *eod.tract.* 1. *numer.1.* & *num.36.cum seqq.*Surd.*de aliment. quæst.* 51. & *52.* & *cons.162.num.33.libr.2.*Ludouic.Cens. *de censib.quæst.85.num.21.*Carleual *de iudit. tom.2. lib.1.tit.3.quæst.11.num.1.*

46 ¶ Del Reyno Roder. Xuar. *in l. post rem iudicatam in declarat.leg.regni,limit.1.à nu.* 1.Petr.Avendañ.*in l.4.* & *5.tit.de las excepciones, num.16.*Auiles *in cap.10.Prat. numer.56.* Paz *in prax.1.tom.4.part.cap.1.à num.49.*Parlad.*libr.2. rer.quot.cap.fin.part.4.§.5.ex num.* 1. Gutierr. *in l.nemò potest,ff.de legat.1.ex num.33.*Azeved.*in l. 19.tit.21.lib.4. Recop.num.12.* Gaspar Rodrig. *de ann.reddit.lib.2.quæst.9.à numer.53.*Felician.*de cens.libr.3.cap 4.num.6.*Avend. *de censib.cap.96. num.7.*Amador Rodrig.*de execut.cap.4.num.45.* Matienç.*in l.1.tit.17.glos.3.num.4.libr.5.Recop.*

47 ¶ Lo qual procede, absque dubio en los contractos de censos, sin embargo de lo que vno num.18.contra quien està la corriente, assi de antiguos, y extrangeros, como de los nuestros, ex multis Censio *de censib.dict.quæst.85.num.21.*ibi: *Limitatur autem supr. firmata principalis conclusio non nullis modis,* & *quidem primò, vt hac via executiua, ex contractu censuali, non concedatur contra possessorem bonorum censui suppositorum.*

verbo insinuô, Parlad.*libr.2.capit.fin.1.part.§.1.*

48 ¶ Rodrig.*de ann.reddit.libr.2.quæst. 9.ex num.53.*vbi *nu.61.*Parlad. impugnat, & declarat Gomez de Leon *Centur.59.per tot.*Gutierr.

in

*in dict.l.nemo potest,num.*35.Felician.*dict.libr.*3. *capit.*4.*numer.*6.Amador Rodrig.*de execut. dict. cap.*4.*numer.*4.*in fin.*verſ. *Ex qua vera doctrina,* & communiter omnes relati proximè,*numer.* 45. *&* 46.abſque diſtintione,& limitatione.

49 ¶ Y aunque es cierto que eſta regla ſe limita,quando en la eſcritura de cenſo ſe pone pacto abſoluto de no enagenar con las circunſtancias que deuen intervenir,y los DD.refieren por forma, ex *l.ſi creditor,§.fin.ff.de diſtract.pignor.*illic: *Certum eſt nullam eſſe venditionem, vt pactioni ſtetum,l.fin.tit.*5.*part.*5.ibi: *Que la non pudieſſe vẽder, ni enagenar en ninguna guiſa, faſta que la non huuieſſe quita.*

50 ¶ Per quæ iura, en cenſos Gaſpar Rodriguez *de ann.redditib.lib.*2.*quæſt.*9.*n.*59.*in fin.* illic: *Vt autem non alienandi pactum pariat executionem contra tertium, ita concipiendum eſt, vt debitor promitat ſe bona redditui obligat a non alienaturum, quãdiu redditus redemptus, & reliqua ſoluta non fuerint.* Gomez de Leon *Centur.*59. Gutierr.*in dict.l.nemo poteſt,numer.*32.*cum ſeqq.* Felician.*de cenſib.lib.*3.*cap.*4.*num.*6.

51 ¶ Dom.D.Ioſeph Vela *diſſert.*14.*nu.* 40 vbi quam plurimos refert,& in fin.inquit: *Huiuſmodi pactum, vt præfactum effectum operetur, abſolutum eſſe debere non reſtrictum puta, de non alienando in potentiorem, vel in quencumque, abſque onere, vel obligatione illius debiti per ſoluẽdi, quia cum idem iure inſit, eiuſdem pro iuris intellectum habet, vt ordinaria ex actio fiat,*& alij infra referendi.

52 ¶ Tantum diſtat,que en dicha eſcritura ſe puſieſſe pacto ſemejante de no enagenar, que antes en ella ſe permite *vender los dichos heredamientos a quien quiſieren con cargo deſte cenſo, para ſer pagados los corridos a los plazos, e cõ las penas, e ſomiſsiones contenidas en eſta eſcritura, &c.*

53 ¶ Cõ q̃ reconociẽdo no auer tal pacto, introduxo la otra parte el juyzio contra el Conven

to

to ante el Eclesiastico, tocando el conocimiento a la Real justicia, en caso q̃ la escritura lo tuviera absoluto de no enagenar, segun la mas cierta, corriente, y practicada opinion, yâ sin disputa, ni controversia, como lo resuelven Gregor. Lopez *in l.* 51. *tit.6.part.*1.verb.*por razon de sus bienes*, Avend. *de exeq.mand.2.part.cap.* 14.*num.* 31.Girond. *de priuil.num.967.* & *num.*110.Parlad.*libr.2.c.fin.* 1.*part.*§.1.*numer.*12.Azeved.*in l.*11.*tit.*3.*libr.*1. *Recop.num.*12.Gutierr.*libr.*1.*practicar.quæst.*4. *num.*2. & *lib.2.quæst.*132.*nu.*9.Ceuall.*commun. quæst.*36.*à numer.*14. & *quæst.*899. *numer.*80. Dom.Salgad.*de Reg.protect.4.part.cap.* 14.*num.* 109.Guzm.*de euiction.quæst.7.num.*34.Noguer. *allegat.*3.*num.*8.Dom.D.Ioseph Vela *dissert.*14. *num.*59.Dom.D.Francisc.de Amaya *in l.* 2. *C. de annon.* & *iubat.lib.*10.*num.*31.

54 ¶ De que resulta, que pues falta in presenti dicho pacto, tambien es corriente carecer de justificacion la via executiua, intentada por doña Ynes, contra el Convento, que es tercero posseedor.

55 ¶ Asi lo suponen los DD. referidos, scilicet Rodrig.Xuar.*in declarat.leg.regn. limit.*1. *num.*2. & 3.Auend.*in l.*4. & 5.*tit.de las excepciones,num* 26.alter Auend.*de cens.cap.96.numer.*7. vers.*Vel agere poterit*, Felician.*de cens.lib.*3.*cap.*4. *num.*7.ibi: *Eadem ratione dicendum erit, vt etiam ex instrumento guarentigio, nõ admittatur, neque procedat executio contra tertium possessorem rei suppositè cẽsus præstationi, nisi adiecta fuerit clausula,* & *pactio de non alienando, vt adnotarunt in specie Authores proximè connumerati.*

56 ¶ Et prosequitur reprehendiendo lo q̃ algunos piden, y hazen, in hæc verba: *Vidi enim passim,* & *absque delectu, mandari executioni instrumenta censualia, vulgari forma confecta aduersus tertios hypothecarum possessores. Quod planè longi alienum est à iure, atque ratione. Nam* & *si in censualibus instrumentis, vulgari forma confectis debitor promittat non alienari hypothecas, id*

tamen non promittit simplicitèr, & absolutè, sed dumtaxat obligat se nō vendere certis quibusdam personis, quæ quidem obligatio, & promissio efficere non potest, vt executio locum habere possit contra tertium possessorem, requiritur enim absoluta, & generalis promissio de non alienando, & vendendo, &c.

57 ¶ Gaspar Rodrig. *de ann. redd. quæst. 9. à num. 53. cum seqq.* Ioann. Gutierr. *in dict. l. nemò potest, de legat. 3. a num. 32.* vbi *num. 34.* reprehende a los acreedores que introduzen pleytos executiuos contra terceros possecdores de hipotecas por los corridos de los censos, en virtud de escrituras que no tienen pacto absoluto, illic:

58 ¶ *Ideoque fatui essent creditores, qui peterent executionem instrumenti guarentigij habentis paratam executionem contra tertios possessores bonorum debitoris hypothecatorum, imò ordine iuris seruato deberent hypothecariam intentare.* Et infra *num. 35.* illic: *Quod procedit ne dum si agatur iure personali exequendi, vt supra dictum est, sed etiam si actione hypothecaria agatur cōtra tertium possessorem, nam licet illam contra principalem debitorem nominatum in instrumento sit executiua, tamen contra tertium rei singularem possessorem est ordinaria.* Et postea *num. 36.* refiere el exemplar q̄ en semejante caso obtuvo, & denique *num. 38.* lo limita quando ay pacto absoluto de no enagenar.

59 ¶ Amador Rodrig. *de execut. cap. 4. à num. 45* præcipuè, *num. 48.* circa finem, ibi: *Secundò limita in superiori casu creditorem hypothecariam intendere non posse, aduersus tertium prædij possessorem via executiua, sed via ordinaria, contra ipsum tertium hypothecas redditu um possidentem agere debebit. Nam licet hypothecaria contra nominatum in instrumento redditus, vel eius hæredem sit executiua, tamen contra tertium singularem possessorem est ordinaria, & non potest executiuè, sed ordinariè in iudicium deduci, nisi tertius iste fecerit instrumentum recognitionis census in forma publica.* Et prosequitur, vers. *Quod verò,* ibi:

ibi: *Quod verò secus, & vt si debitor census in ipsa scriptura promisserit, se non alienaturum bona hypothecata.*

60 ¶ Et denique, pone la forma del pacto, *nu.50.in medio*, vbi ex Rodrig. aduertit ibi: *Quod vt non alienandi pactum executionem pariat contra tertium possessorem, ita concipiendum esse, vt debitor promittat, se bona censui, aut redditui obligata, non alienaturum, quandiù redditus redemptus, & reliqua soluta non fuerint, iuxta l. si creditor, §. fin. & l. fin. tit. 5. part. 5. Secus erit si debitor promisserit (vt ab aliquibus imperitis tabellionibus inscribi consueuit) se non alienaturum hypothecata bona in potentiorem, aut nõ alienaturum, sine redditus obligatione, quod tacitè inest, & nihil operatur, cũ alienationem prorsus nõ impediat.*

61 ¶ Curię Philip. *tom.1. part.2. §.11. tercero posseedor, num. 11.* ibi: *Tambien de lo dicho se sigue auer lugar execucion contra el tercero posseedor de la cosa hipotecada à la deuda, ò obligacion, con prohibicion, y clausula de no la enagenar, Y NO SIN ELLA, porque la enagenacion fue nula, ipso iure.*

62 ¶ Ziguenç. *de clausul. capit. 32. nu. 7.* ibi: *Y es de tanta consideracion, y vtilidad, que los dichos contractos de censos sean otorgados con la dicha clausula de non alienando, que de no serlo, siendo enagenados en tercero posseedor, no se podrã pedir por via executiua, si no tã solamẽte por via ordinaria, &c.* Et sic parece quedar el negocio sin disputa, en orden a q̃ no se puede sustẽtar dicha execucion.

(*) *SEPTIMA EXCEPCION.* (*)

63 VLtimamente aduertimos, que quando por algun camino, fundamẽto, ò causa, que no alcançamos, resultara algun linage de duda en la materia, esto solo bastara para obtener el Convento en su pretension.

64 ¶ Porque de la misma forma, que quãdo el instrumento q̃ se presenta, si es publico, solemne, claro, liquido, y sin dificultad, corre segura su execucion, y no se puede impedir por excepciones turbidas,

bidas, y dudosas, *l.* 3. §. *ibidem, ff. ad exibendum, l. ille à quo, §. quid ergo, ff. ad Trebell.* Felin. *in cap. exceptionem, nu.* 6. *de iur. iurand.* Capic. *decis.* 10. *n.* 19. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 24. *num.* 94. D. Salgad. *de Reg. protect.* 3. *part. cap.* 9. *n.* 37.

65 ¶ Ita similitêr, si el tal instrumento estuviere defectuoso, como el de nuestro pleyto, ofuscado, y sin el pacto, y los demas vicios que se han põderado, nullatenus, merece que en fuerça del se proceda por via executiua, sicuti in puncto Bald. *in l.* 1. *C. de execution. rei iudic. à num.* 6. *& in l.* 1. *nu.* 15. *de legat.* 2. Menoch. *de recuperand. possess. remed.* 1. *num.* 225. Lancelot. *de attentat.* 2. *part. cap.* 12. *limit.* 9. *num.* 7. illic: *Et similitèr via executiua non habet locum, quando instrumentum guarentigiatum, est aliquo modo offuscatum,* Mar. Giurb. *decis.* 79. *num.* 26. ibi: *Nam si quouis modo guarentigiatum instrumentum offuscatum sit.* Mier. *de maior.* 1. *part. quæst.* 53. *n.* 67.

66 ¶ Antes, si, deuemos seguir, la parte mas benigna, que es reseruar lo pedido para juyzio ordinario, *l. ea quæ, §. in re dubia, ff. de regul. iur.* ibi: *In re dubia, benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius, quam tutius.* Mier. *d.* 1. *part. quæst.* 52. *num.* 67. ibi: *Et ideo iudicium est iudicandum potius ordinarium, quam executiuum; quia benignius est.* En que no se haze agrauio a la otra parte, pues guardando justicia con igualdad en cosa de tãto momento, à ambas partes se les oirà plenamente, vt ait Ossuald. Iliger. ad Donel. *lib.* 24. *cap.* 5. *lit. D.* ibi: *Neque iniuria fit, illi alteri, qui potest postea rem ordinario iudicio petere.*

67 ¶ Conque esperamos deuerse dar por ninguna dicha execucion, y mandamiento que de ella se despachô, y todo lo en su virtud fecho: alçar los embargos libremẽte, y sin costa alguna, reseruãdo el derecho que tuvieren los menores para otro juyzio. Salua in omnibus V. D. C.

L. D. Juan de Herrera Pareja.